Tweede Kamer der Staten-Generaal 2

Vergaderjaar 2014–2015

34 190 Wijziging van een aantal wetten op het terrein van het Ministerie van Economische Zaken, houdende een verhoging van voor de Autoriteit Consument en Markt geldende boetemaxima

Nr. 3 **MEMORIE VAN TOELICHTING**

I. ALGEMEEN

1. Inleiding en doel van het wetsvoorstel

Goed functionerende markten dragen in belangrijke mate bij aan de economische groei en innovatie. In een goed functionerende markt reageren vraag en aanbod effectief op elkaar. Consumenten en bedrijven profiteren daarvan. Op goed functionerende markten ontstaat een goede prijs-kwaliteitverhouding voor goederen en diensten en hebben gebruikers iets te kiezen. Concurrentie laat markten goed functioneren en is daarmee een middel om economische groei en welvaart te bevorderen. Bedrijven worden geprikkeld om te innoveren, geen schaarse middelen te verspillen bij de productie van goederen en diensten en datgene aan te bieden waar consumenten behoefte aan hebben. Eerlijke concurrentieverhoudingen, toegang tot markten en bescherming van consumenten zorgen voor bedrijvigheid omdat bedrijven op een gelijk speelveld met elkaar concurreren en consumenten met vertrouwen aankopen kunnen doen. Dit komt het ondernemings- en vestigingsklimaat ten goede.

Goed werkende markten komen niet vanzelf tot stand. De voorwaarden voor gezonde concurrentie moeten worden gecreëerd en bewaakt. Daar is een sterke marktmeester voor nodig die stevig toezicht houdt. De marktmeester op de niet-financiële markten is de Autoriteit Consument en Markt (ACM). De wettelijke taken van de ACM passen binnen de drie pijlers van markttoezicht:

– generieke consumentenbescherming, die is gericht op het bevorderen van eerlijke handel tussen bedrijven en consumenten,
– generiek mededingingstoezicht, dat is gericht op het tegengaan van belemmeringen van de concurrentie in alle sectoren van de economie, en
– specifiek markttoezicht op de sectoren telecommunicatie, post, energie en vervoer, dat in het bijzonder is gericht op het vooraf creëren van voorwaarden op bepaalde markten waaronder deze goed kunnen functioneren.

kst-34190-3
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2015

In verschillende materiële wetten worden aan de ACM taken opgedragen. Daarnaast zijn enkele taken van de ACM vastgelegd in de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt. Een substantieel deel van de taken van de ACM betreft handhaving, dat wil zeggen toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften en het sanctioneren van daarbij geconstateerde overtredingen. De ACM beschikt over diverse bevoegdheden en instrumenten voor het uitvoeren van deze handhavingstaken. Deze sluiten zoveel mogelijk aan bij de bevoegdheden en instrumenten van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht (Stb. 2014, 247) (Stroomlijningswet ACM) heeft geleid tot een verdere vereenvoudiging en stroomlijning van deze bevoegdheden en instrumenten en tot een verdere verbetering van de aansluiting bij de Awb. Dat neemt niet weg dat de ACM ook beschikt over enkele instrumenten die afwijken van de Awb als het belang van een effectief markttoezicht door de ACM of het belang van marktorganisaties daartoe noopt.
Uitgangspunt voor de invulling en vormgeving van het handhavingsinstrumentarium van de ACM is dus de effectiviteit van het markttoezicht door de ACM in combinatie met een goede borging van de belangen van marktorganisaties. Een belangrijke voorwaarde voor een effectief markttoezicht is dat van het markttoezicht een preventieve afschrikwekkende werking uitgaat. Er dient een prikkel vanuit te gaan voor ondernemingen en andere marktorganisaties om de geldende wettelijke voorschriften na te leven. Als die prikkel afwezig is, zal het markttoezicht niet leiden tot een betere naleving van de wettelijke voorschriften en verwordt het al snel tot «dweilen met de kraan open».

De preventieve afschrikwekkende werking van het markttoezicht draagt bij aan de bereidheid tot naleving en wordt bepaald door twee factoren. In de eerste plaats door de door marktorganisaties gepercipieerde kans dat een overtreding wordt geconstateerd en gesanctioneerd door de ACM. Dit heet ook wel de pakkans, die wordt onderverdeeld in de meldingskans, de controle- en detectiekans (die mede wordt bepaald door een eventuele doelgroepselectie) en de sanctiekans. In de tweede plaats wordt de preventieve afschrikwekkende werking bepaald door de gevolgen die de handhaving voor een overtredende marktorganisatie heeft of kan hebben. Dit heet ook wel de sanctie-ernst.

De eerste factor (de pakkans) wordt in het markttoezicht van de ACM vooral bepaald door de effectiviteit van de opsporing van overtredingen en de kans op sanctionering daarvan. Hierbij spelen de omvang en de kwaliteit van het apparaat van de ACM een rol, maar vooral adequate (toezichts)bevoegdheden waarover de ACM kan beschikken zijn van groot belang. Op dit vlak zijn de afgelopen jaren al de nodige maatregelen getroffen. Zo zijn de bevoegdheden van de ACM die haar in het kader van toezicht ter beschikking staan versterkt. De belangrijkste bevoegdheden die ACM-breed in het kader van het ACM-toezicht door de wetgever zijn ingevoerd zijn de bevoegdheid om een woning te betreden zonder de toestemming van de bewoner, om bedrijfsruimten en voorwerpen te verzegelen en om voor het verkrijgen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden zo nodig een beroep te doen op de sterke arm. Dit is gerealiseerd door de Stroomlijningswet ACM, die naar aanleiding van de samenvoeging van de NMa, OPTA en CA tot de ACM de (toezichts)bevoegdheden, die per door de ACM te handhaven wet soms sterk verschilden, waar mogelijk en wenselijk heeft gestroomlijnd. Bij de introductie van de genoemde bevoegdheden en de stroomlijning van de toezichtsbevoegdheden is gestreefd naar een juiste balans tussen de effectiviteit van het markttoezicht door de ACM en de nodige rechtswaar-

borgen voor de onder het ACM-toezicht vallende marktorganisaties. Ook is, specifiek voor karteltoezicht, de Beleidsregel clementie (Stcrt. 2014, 19745) van belang om te bereiken dat marktorganisaties kartelafspraken opbiechten aan de ACM in ruil voor boete-immuniteit of boeteverlaging. Door de Beleidsregel clementie wordt de stabiliteit van kartels verminderd, omdat deze beleidsregel het voor karteldeelnemers aantrekkelijker maakt uit het kartel te stappen en het kartel op te biechten aan de ACM. Met de term kartels wordt in deze memorie van toelichting gedoeld op alle ingevolge artikel 6 van de Mededingingswet ontoelaatbare overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. In deze memorie van toelichting omvat de term dus ook de ontoelaatbare verticale afspraken die normaal gesproken niet als kartels worden aangeduid.

De tweede factor (de sanctie-ernst, ofwel de gevolgen die handhaving door de ACM heeft of kan hebben voor de overtredende marktorganisatie) wordt vooral bepaald door het sanctie-instrumentarium dat de ACM ter beschikking staat. Een sanctie moet – zowel financieel als anderszins – voldoende zwaar zijn om afschrikwekkend te kunnen zijn en naleving te stimuleren. Dat uitgangspunt ligt ook ten grondslag aan de «*high trust, high penalty*» benadering die wordt toegepast in het markttoezicht. Deze benadering houdt in dat de ACM haar middelen en capaciteit vooral inzet waar het risico op overtreding het grootst is. Vertrouwen en voldoende afschrikwekkende sancties gaan bij deze benadering hand in hand. Voor de effectiviteit van deze benadering is het essentieel dat de ACM erop kan vertrouwen dat marktorganisaties een prikkel hebben om zich aan de regels te houden. Als de sancties onvoldoende zwaar zijn, dan is die prikkel kleiner en kan er in mindere mate sprake zijn van vertrouwen dat regels worden nageleefd. Net als de pakkans is ook de sanctie-ernst de afgelopen jaren enkele malen vergroot, onder meer door de introductie van de mogelijkheid om het weigeren van medewerking en het verbreken van een zegel beboetbaar te maken en om de personen bij een marktorganisatie die opdracht gaven tot of feitelijk leiding gaven aan een overtreding te beboeten.

Een tweetal recente externe onderzoeken[1] leidt echter tot de conclusie dat het huidige sanctie-instrumentarium niet (of niet langer) toereikend is. Bij brieven van 27 augustus 2013 (Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 9) en 11 februari 2014 (Kamerstukken II 2013/14, 33 622, nr. 19) is de Tweede Kamer hierover geïnformeerd. In die brieven is tevens een aantal wettelijke maatregelen aangekondigd ter versterking van het sanctie-instrumentarium van de ACM. Die maatregelen moeten ertoe leiden dat de preventieve afschrikwekkende werking van het markttoezicht op de niet-financiële markten en derhalve ook de bereidheid tot naleving van de regels worden vergroot. Daarbij is opnieuw van belang dat een juiste balans wordt gevonden tussen enerzijds de effectiviteit van het markttoezicht van de ACM en anderzijds de rechtswaarborgen voor de onder het toezicht van de ACM vallende ondernemingen en andere marktorganisaties. Dit wetsvoorstel strekt tot uitvoering van die voorgenomen maatregelen.
In de hiervoor genoemde brief van 11 februari 2014 is aangekondigd dat nader bezien zal worden of ACM-breed moet worden geregeld dat het toestaan van een betalingsregeling een geoorloofde manier kan zijn om

[1] De onderzoeken «Boete-inkomsten ACM» van Strategies in Regulated Markets (SiRM) en Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn van 3 juli 2013 en «Afschrikwekkende werking van boetes van de Autoriteit Consument en Markt» van SiRM van 17 januari 2014.

bij het opleggen van een boete rekening te houden met de draagkracht van de overtreder. Een betalingsregeling betekent immers dat een boete niet ineens hoeft te worden betaald en kan daarmee de noodzaak tot verlaging van de boete wegens gebrek aan financiële draagkracht van de overtredende marktorganisatie verminderen. Het is echter gebleken dat de ACM op basis van de bestaande wet- en regelgeving al voldoende uit de voeten kan met de huidige mogelijkheden voor het treffen van een betalingsregeling. Nut en noodzaak van een extra wettelijke voorziening zijn derhalve niet aangetoond en om die reden is er op dit onderdeel geen voorziening opgenomen in het wetsvoorstel.

Het wetsvoorstel is in lijn met de keuze die in de Stroomlijningswet ACM is gemaakt voor een uniform bestuursrechtelijk systeem van handhaving. Andere dan bestuursrechtelijke maatregelen, zoals de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel op basis van artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht, zijn daarom niet aan de orde. Wel wordt momenteel onderzocht welke mogelijkheden er zijn om ten behoeve van het terugvorderen en terughalen van illegaal verkregen voordeel het instrument van de bestuurlijke boete met een ontnemingscomponent ruimer in te zetten (brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 28 maart 2014 aan de Tweede Kamer inzake Rijksbrede aanpak van fraude, bijlage bij Kamerstukken I 2013/14, 33 192, K). De boetes die door de ACM worden opgelegd, bevatten geen specifieke ontnemingscomponent, omdat het exact vaststellen of zelfs het maken van een onderbouwde schatting van het behaalde voordeel bij overtreding van bepalingen die door de ACM worden gehandhaafd vaak niet of nauwelijks mogelijk is. Schattingen van het behaalde voordeel zouden bovendien telkens met hoge kosten gepaard gaan. Dat neemt niet weg dat de ACM voor de bepaling van de concrete boetehoogte in veel gevallen rekening houdt met de omzet die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met de levering van goederen en diensten waarop die overtreding betrekking heeft (de zogenaamde betrokken omzet, zie artikel 2.3 van de Boetebeleidsregel ACM 2014, hierna: Boetebeleidsregel).

Hoewel de afspraak uit het regeerakkoord «Bruggen Slaan» van 29 oktober 2012 (http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2012/10/29/regeerakkoord.html) met betrekking tot de verhoging van de boetes die de ACM kan opleggen mede aanleiding was voor het hiervoor genoemde eerste onderzoek «Boete-inkomsten ACM» van SiRM en Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, is een verhoging van de boete-inkomsten geen doelstelling van dit wetsvoorstel. Doelstelling is wel het vergroten van de preventieve afschrikwekkende werking van het ACM-toezicht en daarmee van de bereidheid tot naleving van de regels. De maatregelen in dit wetsvoorstel zullen er naar verwachting toe leiden dat de boete-inkomsten op een constant niveau zullen blijven.

2. Versterking sanctie-instrumentarium ACM

Bestuurlijke sancties, zoals de bestuurlijke boete en de last onder dwangsom, kunnen slechts worden opgelegd als de bevoegdheid daartoe wettelijk is vastgelegd (artikel 5:4 van de Awb). Dergelijke wettelijke grondslagen zijn opgenomen in de materiële wetten op de naleving waarvan de ACM toezicht houdt en in de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt.

2.1 Boeteoplegging door de ACM

Indien de ACM bevoegd is tot het opleggen van bestuurlijke sancties aan overtreders omvat die bevoegdheid doorgaans de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Bestuurlijke boetes hebben een

bestraffend karakter. Van voldoende hoge boetes gaat, zoals hiervoor al is opgemerkt, tevens een preventieve afschrikwekkende werking uit hetgeen de bereidheid tot naleving van de regels vergroot. De wetten op grond waarvan de ACM een bestuurlijke boete kan opleggen, leggen ook het boetemaximum vast. Dit vloeit voort uit artikel 5:46, eerste lid, van de Awb. Met het boetemaximum wordt gedoeld op de boete die wegens een bepaalde overtreding ten hoogste kan worden opgelegd.

De voor de ACM geldende boetemaxima lopen op dit moment uiteen. Voor sommige overtredingen, bijvoorbeeld op basis van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc), geldt alleen een absoluut boetemaximum van € 450.000. Voor andere overtredingen, bijvoorbeeld op basis van de Mededingingswet, de Telecommunicatiewet en de energiewetgeving (lichte overtredingen), geldt een samengesteld maximum: € 450.000 of, indien dat hoger is, een percentage van de omzet van de overtreder in het meest recente boekjaar ten aanzien waarvan de overtreder een jaarrekening beschikbaar heeft of zou moeten hebben (1% voor lichte overtredingen, 10% voor zware overtredingen). In de energiewetgeving geldt op dit moment voor zware overtredingen alleen een relatief boetemaximum (10% van de omzet).
Indien absolute boetemaxima gelden, dan zijn deze even hoog voor lichte en zware overtredingen. Daar is in het verleden bewust voor gekozen. Bij de Wet van 30 juni 2004 tot wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-verordeningen 1/2003 en 139/2004 (Wet modernisering EG-mededingingsrecht) (Stb. 2004, 345) is als gevolg van een amendement van het lid Heemskerk (Kamerstukken II 2003/04, 29 276, nr. 12) het boetemaximum ingeval van niet-meewerken in verband met de handhaving van de artikelen 6 (kartelverbod) en 24 (verbod van misbruik van economische machtspositie) van de Mededingingswet verhoogd tot € 450.000, waarmee het op gelijke hoogte kwam als het absolute boetemaximum voor zware overtredingen. Deze keuze voor een absoluut boetemaximum voor lichte en zware overtredingen van gelijke hoogte is in de Wet van 28 juli 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet (Stb. 2007, 284) bevestigd: in die wet is het absolute boetemaximum van € 450.000 overgenomen voor alle formele overtredingen van de Mededingingswet (zie hoofdstuk 4 en paragraaf 6.2 van de memorie van toelichting bij het desbetreffende wetsvoorstel, Kamerstukken II 2004/05, 30 071, nr. 3). Deze keuze, gemaakt voor de Mededingingswet, is voor de andere wetten waarop de ACM toezicht houdt overgenomen. Op dit moment bedragen alle absolute boetemaxima voor lichte en zware overtredingen waarvoor de ACM een boete kan opleggen € 450.000. Het verschil in het beboeten van lichte en zware overtredingen komt tot uiting in het verschil tussen de relatieve boetemaxima van 1% respectievelijk 10% van de omzet van de overtreder.
In de praktijk legt de ACM doorgaans geen boete van de maximale omvang op omdat de in de Awb gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur vergen dat de boete evenredig is en wordt afgestemd op onder meer de ernst van de overtreding (artikelen 3:4, tweede lid, en 5:46, tweede lid, van de Awb). Hoe de ACM de boetehoogte in de praktijk dient te bepalen, is geregeld in de Boetebeleidsregel. De Boetebeleidsregel regelt onder meer hoe de ACM de ernst en duur van een overtreding moet meewegen en met welke boeteverhogende en -verlagende omstandigheden de ACM rekening dient te houden.
Dat gaat als volgt. De ACM bepaalt een basisboete die – afhankelijk van de desbetreffende overtreding – ofwel gebaseerd is op de bij de overtreding betrokken omzet en de ernst en duur van de overtreding ofwel voortvloeit uit een categorie-indeling die eveneens is gebaseerd op de ernst en duur van de overtreding. Als er boeteverhogende of -verlagende omstandigheden zijn, dan past de ACM de basisboete aan. Een voorbeeld van een

boeteverhogende omstandigheid is recidive. Een voorbeeld van een boeteverlagende omstandigheid is dat de overtreder uit eigen beweging degenen die schade hebben geleden door zijn overtreding schadeloos heeft gesteld. Daarnaast is – kort gezegd – het bij de ACM aanbrengen van een kartelovertreding door een karteldeelnemer een specifieke grond voor boete-immuniteit of boetereductie (clementie). Ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen aanleiding geven voor boeteverlaging, bijvoorbeeld omdat anders het voorbestaan van de overtreder door de boete in gevaar komt. Ten slotte kan ook het boetemaximum reden zijn tot verlaging van de boete, als de op grond van de Boetebeleidsregel berekende boete hoger is dan het in de wet opgenomen boetemaximum.
Uitgangspunt is dat de boete die de ACM oplegt evenredig is. Dit volgt uit de Awb en is tevens neergelegd in artikel 2.2 van de Boetebeleidsregel. Voor zover toepassing van de Boetebeleidsregel echter desondanks niet leidt tot een evenredige boete, kan de ACM de op te leggen boete op andere wijze bepalen door (op onderdelen) af te wijken van de Boetebeleidsregel. De ACM kan dat bijvoorbeeld doen door in die gevallen de bij de overtreding betrokken omzet op andere wijze te bepalen. Zoals hiervoor toegelicht, vormt de bepaling van de bij de overtreding betrokken omzet een tussenstap in de vaststelling van de basisboete.

2.2 Stroomlijningswet ACM

De Stroomlijningswet ACM heeft de regels met betrekking tot de bestuurlijke boetes die de ACM kan opleggen op onderdelen gewijzigd. Het gaat om de bepalingen ten aanzien van de beslistermijn voor het opleggen van een boete, de definitie van omzet die in sommige gevallen bepalend is voor het boetemaximum, de bevoegdheid om de boekhouding van een overtreder te onderzoeken om de hoogte van die omzet te bepalen, de hoogte van de boetemaxima voor zogenoemde «bijkomende overtredingen» (te weten het weigeren gegevens en inlichtingen te verstrekken, het overtreden van een zelfstandige last, het weigeren medewerking te verlenen aan de ACM, het verbreken van een zegel of het niet nakomen van een toezegging) tot maximaal € 450.000 of, indien dat hoger is, 1% van de omzet, de maximale hoogte van de persoonlijke boete (€ 450.000) en de bepalingen over schorsende werking.

Deze wijzigingen hebben bewerkstelligd dat de – soms substantiële – verschillen tussen de verschillende wetten op de naleving waarvan de ACM toezicht houdt waar mogelijk en wenselijk zijn weggenomen. Buiten het terrein van de Stroomlijningswet ACM viel echter de vraag of de hoogte van de geldende boetemaxima nog wel toereikend is gelet op de beoogde effectiviteit van het markttoezicht door de ACM op de niet-financiële markten, in het bijzonder van de gewenste preventieve afschrikwekkende werking van dat markttoezicht met het oog op de bereidheid tot naleving van de regels. Dat komt in dit wetsvoorstel aan de orde, waarbij het begrip «omzet», indien het onderdeel uitmaakt van een boetemaximum, wordt gebruikt in de gestroomlijnde zin (zie artikel 12o van de Instellingswet ACM).

2.3 Onderzoeken preventieve afschrikwekkende werking

In dit wetsvoorstel is de vraag of de hoogte van de geldende boetemaxima (nog) toereikend is wel aan de orde. De twee hiervoor genoemde externe onderzoeken, die zijn uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, hebben een aantal tekortkomingen met betrekking tot de hiervoor beschreven preventieve afschrikwekkende werking van het huidige systeem van boetemaxima aan het licht gebracht. Deze onderzoeken betreffen zowel empirisch als theoretisch economisch

en juridisch onderzoek. Hierna wordt ingegaan op de belangrijkste uitkomsten van de onderzoeken.

Ten eerste komt naar voren dat het bedrag van het absolute boetemaximum in de wetten op de naleving waarvan de ACM toezicht houdt, sinds de invoering van de euro in 2002 nooit aan inflatie is aangepast. Hierdoor is de preventieve afschrikwekkende werking ervan in de loop der tijd verhoudingsgewijs kleiner geworden. Volgens het eerste onderzoek zou het aan de inflatie aangepaste absolute boetemaximum nu ongeveer € 620.000 bedragen. Daarnaast geldt dat de wettelijke boetemaxima in andere rechtsgebieden, zoals het strafrecht (maximaal € 810.000) en het financieel toezicht (tot maximaal € 4 miljoen en voor banken en beleggingsondernemingen zelfs tot maximaal € 5 miljoen of, als dat hoger is, 10% van de jaaromzet) recentelijk fors zijn verhoogd en daardoor meer afschrikwekkende werking kennen. Het absolute boetemaximum dat geldt in verband met het markttoezicht van de ACM blijft daarbij significant achter, terwijl er geen reden is aan te nemen dat de overtredingen die de ACM kan beboeten minder ernstig zijn. Integendeel, de overtredingen die de ACM kan beboeten, zoals het maken van kartelafspraken of overtredingen in het kader van aanmerkelijke marktmacht, veroorzaken in het algemeen zeer hoge maatschappelijke kosten doordat consumenten en afnemers te veel betalen voor de producten en diensten die zij afnemen.

Ten tweede valt op dat het ontbreken van een relatief boetemaximum voor bepaalde overtredingen kan leiden tot onvoldoende preventieve afschrikwekkende werking. Een absoluut boetemaximum is voor marktorganisaties met een hoge omzet minder afschrikwekkend dan voor marktorganisaties met een lage omzet omdat eerstgenoemde marktorganisaties een boete die gelijk is aan het absolute boetemaximum gemakkelijker kunnen opbrengen dan laatstgenoemde ondernemers. Bovendien kan het feit dat de wet uitsluitend voorziet in een absoluut boetemaximum van € 450.000 tot de vreemde situatie leiden dat marktorganisaties voor het niet-meewerken aan een toezichtsonderzoek een hogere boete kunnen krijgen dan voor de overtreding waarop het onderzoek zich richt, omdat voor het niet-meewerken ook het relatieve boetemaximum van 1% van de omzet geldt.

Ten derde blijkt uit de onderzoeken dat het relatieve boetemaximum van 10% in twee specifieke gevallen onvoldoende afschrikwekkend is, namelijk in het geval van kartelovertredingen die meerdere jaren hebben geduurd en in het geval van herhaalde overtreding (ook wel recidive genoemd). Overtreders hebben daardoor niet of nauwelijks een prikkel om zich te onthouden van het ongewenste gedrag, te weten het laten voortduren van het kartel of het opnieuw begaan van eenzelfde overtreding.

Ten aanzien van kartels bepaalt de Boetebeleidsregel dat de ACM bij de berekening van de op te leggen boete rekening moet houden met de bij de overtreding betrokken omzet en de ernst en de duur van de overtreding, terwijl het wettelijk boetemaximum daarmee juist geen rekening houdt maar is gebaseerd op een percentage van de omzet van één jaar. Hierdoor moet de ACM bij langdurige kartels de boete in een aantal gevallen weer verminderen tot maximaal het wettelijk maximum van 10% van de omzet van de overtreder. Het tweede onderzoek van SiRM van 17 januari 2014 toont aan dat dit ook daadwerkelijk het geval is geweest. Dit speelt sterker naarmate een groter deel van de omzet van de kartellisten wordt behaald met producten die in het kartel zijn betrokken. Dat thans het maximum is gebaseerd op de omzet van één jaar kan een sterke economische prikkel opleveren om zo lang mogelijk te blijven participeren in het kartel. Want na verloop van tijd kan het door het kartel behaalde voordeel, en daarmee de maatschappelijke kosten, nog wel

toenemen maar de boete die kan worden opgelegd vanwege het boetemaximum niet meer. Dan heeft het wettelijk boetemaximum geen preventieve afschrikwekkende werking meer en doet het niet langer afbreuk aan de stabiliteit van het kartel (maar zou het daaraan mogelijk juist kunnen bijdragen). Dat is een ongewenste en voor consumenten en afnemers potentieel zeer schadelijke situatie. Ook andere onderzoeken, die weliswaar niet specifiek de Nederlandse situatie maar de Europese situatie als onderwerp hadden, suggereren dat in de meeste gevallen het voordeel dat is behaald uit de deelname aan het kartel, groter is dan de verkregen boete. Dit is zelfs het geval als wordt uitgegaan van de meest conservatieve inschattingen van het behaalde voordeel uit het kartel en een pakkans van 100%. Op basis van die onderzoeken kan worden gesteld dat, onder realistische aannames, het gemiddelde voordeel uit de deelname aan een kartel groter is dan de daarvoor opgelegde boete. Dit betekent dat de verwachte opbrengst van de deelname aan een kartel gemiddeld genomen positief is. Door het wettelijke boetemaximum te verhogen, kan de ACM in meer gevallen een boete opleggen die een negatieve verwachte opbrengst van een kartel creëert. Ook wordt de ACM zo in meer gevallen in staat gesteld een boete op te leggen die past bij de maatschappelijke kosten die het kartel veroorzaakt. Dit leidt tot een grotere preventieve afschrikwekkende werking en daarmee tot meer bereidheid om een kartel te beëindigen of van het starten daarvan af te zien.

Iets soortgelijks speelt bij recidive. Uit het onderzoek «Boete-inkomsten ACM» van SiRM en Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn van 3 juli 2013 blijkt dat er in het geval van overtredingen met betrekking tot aanmerkelijke marktmacht op grond van de Telecommunicatiewet relatief vaak sprake is van recidive. De Boetebeleidsregel bepaalt dat de boete die de ACM heeft berekend, moet worden verdubbeld indien sprake is van recidive. Deze verdubbeling is in 2009 en 2010 in het kader van de «*high trust, high penalty*» benadering opgenomen in de boetebeleidsregels die golden voor de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en is voor de ACM ook opgenomen in de Boetebeleidsregel. Het opnemen in de Boetebeleidsregel kan echter slechts beperkt effect sorteren, zo blijkt uit het onderzoek van SiRM van 17 januari 2014. Het wettelijk maximum blijft in geval van recidive namelijk onaangepast. Als de door de ACM op basis van de Boetebeleidsregel berekende boete door verdubbeling wegens recidive boven het wettelijk boetemaximum uitkomt, moet de ACM deze vervolgens weer verlagen tot ten hoogste het boetemaximum, dat bij de invoering van de «high trust, high penalty» benadering ongewijzigd is gebleven. Onbedoeld effect hiervan is dat de preventieve afschrikwekkende werking van de verdubbeling slechts beperkt is.

3. Inhoud van het wetsvoorstel

Het bovenstaande geeft aanleiding om een aantal maatregelen te nemen ter verdere verbetering van de effectiviteit van het markttoezicht van de ACM. Deze zijn opgenomen in dit wetsvoorstel. De maatregelen komen voort uit de constatering dat het huidige systeem van boetemaxima een aantal tekortkomingen heeft, waardoor de preventieve afschrikwekkende werking van het systeem en de bereidheid tot naleving van de regels worden ondermijnd. Na de eerder gerealiseerde verbeteringen met betrekking tot de pakkans en de sanctie-ernst, bevat dit wetsvoorstel opnieuw maatregelen met betrekking tot de sanctie-ernst: het wetsvoorstel beoogt door verhoging van de voor de ACM geldende boetemaxima de preventieve afschrikwekkende werking van het markttoezicht door de ACM te verbeteren. Vanzelfsprekend kan een verhoging van de boetemaxima er in bepaalde gevallen – als marktorganisaties ondanks

het risico op een forse boete toch de regels overtreden – toe leiden dat er een hogere boete wordt opgelegd door de ACM, maar dat is niet de doelstelling van dit wetsvoorstel. Het wetsvoorstel wijzigt dan ook niets aan de wijze waarop de ACM met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel boetes oplegt.
Dat een boete evenredig dient te zijn volgt uit de Algemene wet bestuursrecht (artikelen 3:4, tweede lid, en 5:46, tweede lid) en is uitgewerkt in de Boetebeleidsregel. Het betekent dat de nadelige gevolgen van de opgelegde boete niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot het doel van de boeteoplegging en dat de boete moet passen bij de aard (ernst en duur) van de overtreding. Dit wetsvoorstel beoogt op geen enkele wijze iets aan dit uitgangspunt te veranderen. Het uitgangspunt van evenredigheid zal bovendien nog explicieter worden verankerd in de Boetebeleidsregel.
Verwacht wordt dat de ACM, als gevolg van de voorgestelde maatregelen, alleen hogere boetes zal opleggen indien de boete die zij overeenkomstig de Boetebeleidsregel zou willen opleggen, niet past binnen de huidige boetemaxima. Of deze verwachting terecht is, zal de handhavingspraktijk van de ACM uitwijzen.

Tot zover wat dit wetsvoorstel beoogt. De maatregelen die concreet worden voorgesteld zijn de volgende.

Ten eerste wordt voor alle boetes die de ACM kan opleggen het absolute boetemaximum van € 450.000 verdubbeld tot € 900.000 zoals voorgesteld in de onderzoeken. Deze verhoging, die verder gaat dan louter een compensatie van de achterstallige inflatiecorrectie, brengt het absolute boetemaximum in het markttoezicht dat de ACM uitoefent meer in lijn met de in 2009 door de invoering van de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving fors verhoogde wettelijke boetemaxima in het financieel markttoezicht dat wordt uitgeoefend door de Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en derhalve meer in lijn met actuele inzichten over wat een afschrikwekkend absoluut boetemaximum is (zie artikel 1:81 Wet op het financieel toezicht). In lijn met het bestaande stelsel van boetemaxima, dat in paragraaf 2.1 van deze memorie van toelichting uiteen is gezet, geldt deze verhoging van het absolute boetemaximum voor zowel lichte overtredingen als zware overtredingen. Het verschil tussen lichte en zware overtredingen komt tot uiting in de hoogte van het relatieve boetemaximum.

Ten tweede wordt ACM-breed een relatief boetemaximum ingevoerd waar tot dusverre alleen nog een absoluut boetemaximum geldt en vice versa. Deze maatregel dient te bewerkstelligen dat de boetemaxima voor kleinere en grotere marktorganisaties een vergelijkbare mate van afschrikwekkendheid hebben. Zo zorgt de invoering van een relatief boetemaximum ervoor dat het geldende boetemaximum ook voor grotere marktorganisaties (die het absolute boetemaximum van € 900.000 relatief gemakkelijk zouden kunnen dragen) afschrikwekkend is. Andersom zorgt de invoering van een absoluut boetemaximum waar thans alleen een relatief boetemaximum geldt ervoor dat het boetemaximum ook voor marktorganisaties met een kleine omzet afschrikwekkend is.

Ten derde wordt het wettelijk maximum voor kartelboetes afhankelijk gemaakt van de duur van het kartel. Daartoe zal het boetemaximum van 10% van de omzet worden vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de overtreding heeft geduurd. Dit betekent dat hoe langer de participatie in een kartel heeft geduurd en dus hoe groter de maatschappelijke kosten van het kartel zijn geweest, hoe hoger het wettelijk boetemaximum voor de kartelovertreding is. Met deze maatregel, die ertoe leidt dat de boetehoogte in meer gevallen in lijn wordt gebracht met het door het

kartel behaalde voordeel en met de door het kartel veroorzaakte maatschappelijke kosten, wordt het karteltoezicht door de ACM op twee manieren versterkt: ten eerste worden bestaande kartels gedestabiliseerd, omdat een potentieel hogere boete het voor karteldeelnemers minder aantrekkelijk maakt om te blijven participeren in het kartel. Zo wordt het voor karteldeelnemers aantrekkelijker om te stoppen met het kartel en/of gebruik te maken van de clementieregeling. Ten tweede wordt het voor ondernemingen minder aantrekkelijk om een nieuw kartel te starten. Voorgesteld wordt het aantal jaren dat betrokken kan worden in het boetemaximum te maximeren op vier jaar. Een maximering is aangewezen om te voorkomen dat het boetemaximum zodanig hoog wordt dat het als maximerend kader zijn waarde verliest. Een boetemaximum dient met andere woorden toereikend te zijn maar niet zo hoog dat het niet langer in verhouding staat tot de boetes die in de praktijk naar verwachting zullen kunnen worden opgelegd. De maximering van het kartelboetemaximum op vier jaar sluit aan bij de gemiddelde duur van een kartel van ongeveer vier jaar, zoals naar voren komt uit het voornoemde onderzoek van SiRM van 17 januari 2014. Het minimaal aantal jaren dat in aanmerking genomen wordt, is – conform de huidige situatie – één jaar.

Ten vierde wordt ACM-breed het toepasselijke (absolute of relatieve) boetemaximum verdubbeld in geval van recidive. Hiermee kan de verdubbeling van de boete in verband met recidive, zoals die sinds 2009 en 2010 is opgenomen in de Boetebeleidsregel en haar voorgangers, ook in alle gevallen daadwerkelijk in de praktijk worden toegepast. In de huidige situatie zijn de wettelijke boetemaxima niet aangepast aan de verdubbeling uit de Boetebeleidsregel. Hierdoor is het mogelijk dat een verdubbeling van een boete vanwege recidive in de praktijk niet geëffectueerd kan worden wegens overschrijding van het wettelijk boetemaximum. Dit wordt met dit wetsvoorstel hersteld.

Er zijn geen aanwijzingen dat het relatieve boetemaximum van 10% van de omzet van de overtreder bij zware overtredingen, anders dan kartelovertredingen en recidive, ontoereikend is. Voor aanpassing hiervan is dan ook geen aanleiding. Anders dan eerder is aangekondigd in de hiervoor genoemde brieven van 27 augustus 2013 en 11 februari 2014 blijft ook het relatieve boetemaximum van 1% van de omzet van de overtreder bij lichte overtredingen ongewijzigd. Er is thans geen onderzoek dat aantoont dat de preventieve afschrikwekkende werking van dit boetemaximum ontoereikend is.

Tezamen resulteren de genoemde maatregelen in het volgende systeem van wettelijke maxima:
– voor lichte overtredingen: € 900.000 of – als dat hoger is – 1% van de omzet van de marktorganisatie;
– voor zware overtredingen, anders dan kartelovertredingen: € 900.000 of – als dat hoger is – 10% van de omzet van de marktorganisatie;
– voor kartelovertredingen: € 900.000 of – als dat hoger is – 10% van de omzet van de onderneming vermenigvuldigd met de duur van een overtreding met een maximum van vier jaar;
– recidive leidt in alle gevallen (lichte overtredingen, zware overtredingen en kartelovertredingen) tot verdubbeling van de onder de vorige punten beschreven toepasselijke absolute en relatieve boetemaxima.

Zoals hiervoor is aangegeven laten de voorgestelde maatregelen het uitgangspunt onverlet dat de door de ACM in concrete gevallen opgelegde boetes evenredig dienen te zijn (zie paragraaf 2.1 en het begin van dit hoofdstuk).

In enkele materiële wetten zijn boetemaxima opgenomen die afwijken van bovenstaande systematiek. Het wetsvoorstel past die afwijkende boetemaxima niet aan. Van afwijkende boetemaxima is bijvoorbeeld sprake in artikel 15, vierde lid, van de Wet post BES en artikel 32, tweede lid, van de Wet Telecommunicatievoorzieningen BES. In deze wetten zijn boetemaxima opgenomen die zijn uitgedrukt in Amerikaanse dollars en bovendien significant lager zijn (de huidige maxima bedragen USD 56.000). Daarnaast bevatten artikel 4.21, vierde lid, van de Aanbestedingswet 2012 en artikel 3.8, vierde lid, van de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied een afwijkend boetemaximum van 15% van de geraamde waarde van de desbetreffende opdracht. Tot slot geldt voor het opleggen van boetes door de ACM op grond van de Wet op het financieel toezicht (artikel 1:25a jo. 1:81 van de Wft) de systematiek van de Wft. Artikel 1:81 van de Wft noemt een boetemaximum van € 4 miljoen, dat op grond van artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector van toepassing is op het toezicht door de ACM op artikel 5:88 van de Wft. Andersom geldt voor de AFM ook de boetesystematiek van de Whc en de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt voor zover het gaat om de beboeting van overtredingen die beboetbaar zijn gesteld in de Whc.

In een brief aan de Tweede Kamer van 17 december 2012 heeft de Minister van Veiligheid en Justitie aangegeven dat het kabinet meer eenheid wenst in de hoogte van geldboetes op het terrein van het strafrecht en het bestuursrecht en dat «ongerechtvaardigde verschillen» in de hoogte van straf- en bestuursrechtelijke boetes zo veel mogelijk moeten worden voorkomen (Kamerstukken II 2012/13, 33 400 VI, nr. 80). Meer eenheid kan worden bereikt door voor een wettelijk te bepalen boetemaximum zoveel mogelijk aan te sluiten bij de boetecategorieën van artikel 23 van het Wetboek van Strafrecht (Sr). De categorieën van artikel 23 Sr bevatten in oplopende hoogte zes boetemaxima (absolute bedragen). Daarnaast is bij de Eerste Kamer een wetsvoorstel aanhangig (Kamerstukken 33 685) dat voor de zwaarste boetecategorie van artikel 23, vierde lid, Sr (€ 810.000) de mogelijkheid opent voor een relatief boetemaximum van 10% van de jaaromzet van de rechtspersoon. In dit wetsvoorstel is om een aantal redenen een iets afwijkende keuze gemaakt. Hier liggen de volgende redenen aan ten grondslag. Voor het markttoezicht door de ACM wordt over de hele linie gekozen voor een samengesteld boetemaximum, dus voor de combinatie van een absoluut en relatief boetemaximum. Daarnaast is de in het genoemde wetsvoorstel gekozen formulering van de jaaromzet waaraan het relatieve boetemaximum van 10% wordt gekoppeld niet helemaal gelijk aan de voor de ACM geldende, en door de Stroomlijningswet ACM geharmoniseerde, formulering. Hier sluit de voor het markttoezicht gekozen benadering derhalve minder goed aan op de voor het strafrecht gekozen benadering. Tenslotte wijkt ook het voorstel om het wettelijk maximum voor kartelboetes afhankelijk te maken van de duur van het kartel af van de in het strafrecht gekozen benadering.

4. Concentratietoezicht op pensioenfondsen

Tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel Stroomlijningswet ACM in de Tweede Kamer (Handelingen 2013–2014, nr. 36, item 19, pp. 15 en 16) is gesproken over het concentratietoezicht dat de ACM uitoefent op pensioenfondsen. Tijdens het debat naar aanleiding van een motie van het lid Mei-Li Vos van de fractie van de PvdA, die de regering verzoekt te bepalen hoe er omgegaan moet worden met fusies van kleinere pensioenfondsen en een goede drempel te zoeken, is toegezegd de hoogte van de meldingsdrempels voor pensioenfondsen in overleg met de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid nader te bezien in het licht van de

bijzondere kenmerken van de pensioenmarkt (Kamerstukken II 2013/14, 33 622, nr. 17).

De ACM houdt onder meer toezicht op de naleving van de Mededingingswet. Deze wet verbiedt een aantal mededingingsbeperkende gedragingen. Een van de wettelijke taken van de ACM is het uitvoeren van het concentratietoezicht (hoofdstuk 5 van de Mededingingswet). De Mededingingswet is van toepassing op ondernemingen in de zin van artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) (voorheen artikel 81, eerste lid, van het EG Verdrag). Een onderneming in de zin van artikel 101 van het VWEU is volgens het Europese Hof van Justitie (HvJ) een entiteit die «een economische activiteit» uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm, de wijze waarop zij wordt gefinancierd en of sprake is van een winstoogmerk. Uit de rechtspraak van het HvJ volgt dat Nederlandse pensioenfondsen ondernemingen zijn (zie HvJ, 21 september 1999, C67/97, Albany International B.V., randnummers 71 tot en met 87; C-219/97, Drijvende Bokken en C-115–117/97, Brentjens Handelsonderneming B.V.). Dat betekent tevens dat de Mededingingswet van toepassing is op pensioenfondsen. Het gaat daarbij om ondernemingspensioenfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen in de zin van de Pensioenwet en beroepspensioenfondsen in de zin van de Wet verplichte Beroepspensioenregeling. Met het toezicht op pensioenfondsen wordt niet afgeweken van de voor andere ondernemingen geldende normen. Dat betekent dat het pensioenfondsen – net als alle andere ondernemingen – verboden is kartels te vormen, misbruik te maken van een economische machtspositie en concentraties (fusies en overnames) tot stand te brengen die de mededinging significant beperken.

Het concentratietoezicht heeft tot doel om onwenselijke beperkingen van de mededinging te voorkomen. Het concentratietoezicht houdt reeds rekening met het feit dat «kleine» fusies en overnames de mededinging niet significant zullen beperken. Dat is tot uiting gebracht in de meldingsdrempels die gelden in het concentratietoezicht. Alleen fusies en overnames van substantiële omvang behoeven te worden gemeld bij de ACM en te worden beoordeeld door de ACM. Het gaat op dit moment alleen om fusies en overnames waarbij de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar meer bedroeg dan € 150 miljoen, waarvan door ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder ten minste € 30 miljoen in Nederland is behaald. Deze meldingsdrempels zorgen er onder meer voor dat tweepartijenfusies waarbij een klein pensioenfonds met minder dan € 30 miljoen aan bruto geboekte premies is betrokken (dat wil zeggen meer dan 80% van alle bestaande pensioenfondsen) nooit behoeven te worden gemeld en beoordeeld, ook niet als de totale bruto geboekte premies meer bedragen dan € 150 miljoen. Fusies tussen pensioenfondsen behoeven eveneens nooit te worden gemeld en beoordeeld als de totale omzet van de fusiepartners niet boven de € 150 miljoen uitstijgt. Dit wordt weerspiegeld door het zeer geringe aantal fusies tussen pensioenfondsen dat bij de ACM behoefde te worden gemeld in de afgelopen vijf jaar – toen de gezamenlijke omzet zelfs nog € 113.450.000 bedroeg – ondanks de forse afname van het aantal pensioenfondsen. Dat waren er vier, minder dan één per jaar. Deze vier fusies konden na beoordeling door de ACM doorgang vinden.

Geconcludeerd moet derhalve worden dat het concentratietoezicht van de ACM op dit moment geen struikelblok vormt voor de gewenste consolidatie onder kleine pensioenfondsen. Uit cijfers van DNB blijkt dat de afgelopen 20 jaar circa 700 pensioenfondsen een andere bestemming hebben gekregen, waarbij de verplichtingen zijn overgedragen aan een

verzekeraar of aan een ander pensioenfonds (Kamerstukken II 2013/14, 32 043, nr. 179, p. 3). Aan het einde van het tweede kwartaal van 2014 waren er bij DNB nog 367 pensioenfondsen geregistreerd. De consolidatie die zich de afgelopen 20 jaar heeft voorgedaan in de Nederlandse pensioensector zal zich naar verwachting versneld voortzetten. De verwachting van DNB is dat er op 1 juli 2015 nog ongeveer 300 fondsen zijn. Een verhoging van de meldingsdrempels voor pensioenfondsen is aangewezen om onnodige belemmeringen van die verwachte consolidatie weg te nemen. Randvoorwaarde daarbij is vanzelfsprekend dat dit niet leidt tot een onwenselijke beperking van de mededinging in de pensioenmarkt. De bijzondere kenmerken van de pensioenmarkt, die ervoor zorgen dat er in die markt geen sprake is van volledige mededinging, bieden mijns inziens de ruimte om de meldingsdrempels te verhogen. Wel blijft het wenselijk dat fusies tussen de grote pensioenfondsen aan de ACM worden gemeld, zodat de ACM een oordeel kan vellen over de gevolgen van die fusies voor de mededinging op de pensioenmarkt. Dit is noodzakelijk om de concurrentie die wél op de pensioenmarkt bestaat (bijvoorbeeld de mogelijkheid van vrijwillige aansluiting bij bedrijfstakpensioenfondsen of concurrentie om de markt op het moment dat sociale partners ervoor kiezen een pensioenregeling onder te brengen bij ofwel een pensioenfonds ofwel een verzekeraar) te beschermen tegen concurrentiebeperkende gedragingen. Bovendien kan het handelen van pensioenfondsen effecten hebben op andere markten, zoals de kapitaalmarkt.

Op basis van deze feiten en uitgangspunten wordt voorgesteld om de meldingsdrempels voor ondernemingspensioenfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen in de zin van de Pensioenwet en beroepspensioenfondsen in de zin van de Wet verplichte beroepspensioenregeling als volgt vast te stellen: concentraties moeten worden gemeld indien de gezamenlijke waarde van de bruto geboekte premies van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar meer bedroeg dan € 500 miljoen en daarvan door ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder ten minste € 100 miljoen is ontvangen van Nederlandse ingezetenen. In de huidige marktsituatie blijft ruim 90% van de pensioenfondsen onder de drempel van € 100 miljoen. Tweepartijenfusies waarin één van deze pensioenfondsen is betrokken, behoeven niet bij de ACM te worden gemeld, ook niet als de totale ontvangen premies meer bedragen dan € 500 miljoen. Tweepartijenfusies tussen pensioenfondsen die ieder jaarlijks wel tenminste € 100 miljoen aan premies ontvangen, behoeven alleen te worden gemeld als zij tezamen meer dan € 500 miljoen aan premies ontvangen. Dat komt er op neer dat alleen tweepartijenfusies tussen één van de grootste twintig pensioenfondsen van Nederland en een pensioenfonds met meer dan € 100 miljoen premie-inkomsten per jaar dan nog hoeven te worden gemeld bij de ACM. Kortom, het voorstel betreft een aanzienlijke verhoging die tegemoet komt aan de wensen van de markt, de gewenste consolidatieslag mogelijk maakt en tegelijkertijd op adequate wijze waarborgt dat er geen concentraties ontstaan die de mededinging significant beperken. Dit voorstel is op hoofdlijnen besproken tijdens een Algemeen Overleg over mededinging, marktwerking en staatssteun op 19 juni 2014 (Kamerstukken II 2013/14, 27 879, nr. 49).

---

http://www.statistics.dnb.nl/financieele-instellingen/pensioenfondsen/register/index.jsp#

5. Toetsen, adviezen en internetconsultatie

5.1 Consultatie

Een concept van het wetsvoorstel is van 11 juli tot en met 5 september 2014 openbaar geconsulteerd. Er zijn zeven reacties ontvangen uit bedrijfsleven en advocatuur, te weten van de N.V. Nederlandse Gasunie, PostNL N.V., het Verbond van Verzekeraars, de Pensioenfederatie, de Koninklijke Vereniging van Nederlandse Reders (KNVR), VNO NCW/MKB NL en de Nederlandse Orde van Advocaten (NOVA).

Een groot aantal respondenten is van mening dat de noodzaak voor een verhoging van de wettelijke boetemaxima onvoldoende is aangetoond. In de hoofdstukken 1 tot en met 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is onderbouwd waarom in een aantal gevallen de huidige boetemaxima niet toereikend zijn. Deze onderbouwing is naar aanleiding van de ontvangen reacties op een aantal punten nader geëxpliciteerd. Bij kartelovertredingen is verduidelijkt dat de verhoging van het wettelijk boetemaximum ertoe leidt dat de ACM in meer gevallen een boete kan opleggen die in lijn is met het met het door het kartel behaalde voordeel en met de door het kartel veroorzaakte maatschappelijke kosten. Zo wordt de preventieve afschrikwekkende werking en de bereidheid tot naleving op twee manieren versterkt: ten eerste worden bestaande kartels gedestabiliseerd, omdat een potentieel hogere boete het voor karteldeelnemers minder aantrekkelijk maakt om te blijven participeren in het kartel. Ten tweede wordt het voor ondernemingen minder aantrekkelijk om een nieuw kartel te starten. Ten aanzien van het ACM-breed verdubbelen van het toepasselijke boetemaximum in geval van recidive is verduidelijkt dat dit tot doel heeft de eerder in de boetebeleidsregels opgenomen verdubbeling van de boete bij recidive haar (volledige) effect te geven. Deze verdubbeling kan in de huidige situatie namelijk niet in alle gevallen daadwerkelijk (volledig) worden toegepast, omdat het wettelijk boetemaximum dat verhindert.

Meerdere respondenten wijzen op het proportionaliteitsbeginsel. Het wetsvoorstel mag er niet toe leiden dat de ACM boetes oplegt die niet proportioneel zijn. Volgens enkelen kan het wetsvoorstel leiden tot disproportioneel hoge boetes, hetgeen de positie van Nederlandse bedrijven zou verslechteren, ook internationaal. Bovendien dienen de wettelijke boetemaxima op zichzelf proportioneel te zijn. In reactie hierop wordt allereerst opgemerkt dat niet valt in te zien hoe dit wetsvoorstel zou kunnen leiden tot boetes die niet proportioneel of evenredig zijn. Het is in het algemeen, maar zeker ook bij deze ondernemingen waarbij de bij het kartel betrokken omzet (een groot gedeelte van) de totale omzet omvat, niet alleen van belang dat het boetemaximum toereikend is (verantwoordelijkheid van de wetgever), maar ook dat de opgelegde boete proportioneel of evenredig is (verantwoordelijkheid van de ACM). Afgezien hiervan is (niet alleen voor concrete boetebesluiten maar ook) voor wetgeving als zodanig een belangrijk uitgangspunt dat zij niet verder gaat dan nodig is. In dit geval dient de verhoging van de boetemaxima daarom niet verder te gaan dan gelet op het doelen van dit wetsvoorstel is aangewezen. Vandaar dat de relatering van het kartelboetemaximum aan de duur van het kartel wordt gemaximeerd. In hoofdstuk 3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting en in de toelichting op artikel V, onderdeel C, is die maximering uitgebreid toegelicht.

PostNL wijst op het feit dat postvervoerbedrijven binnen korte tijd tweemaal met een substantiële verhoging van de wettelijke boetemaxima worden geconfronteerd. Ook bij de inwerkingtreding van de Stroomlijningswet ACM zouden de boetemaxima voor postvervoerbedrijven zijn

verhoogd, namelijk van 10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland naar 10% van de omzet van de onderneming. Artikel 12o, derde lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt bepaalt echter dat voor postvervoerbedrijven nog altijd van de door de marktorganisatie in Nederland behaalde omzet moet worden uitgegaan. De Boetebeleidsregel bepaalt verder dat de bepaling van de boetehoogte geschiedt op basis van de bij de overtreding betrokken of relevante omzet in Nederland, net zoals dat voorheen het geval was. Er is in het kader van de Stroomlijningswet ACM dan ook geen materiële wijziging met betrekking tot het omzetbegrip gerealiseerd (zie ook Kamerstukken II 2012/13, nr. 33 622, nr. 8)

PostNL is tevens van mening dat de verhoging van de wettelijke boetemaxima leidt tot een onevenredige benadeling van marktorganisaties die onder toezicht van de ACM staan ten opzichte van bijvoorbeeld marktorganisaties die onder het toezicht van DNB of de AFM staan. Vooropgesteld wordt dat marktorganisaties alleen rechtstreeks met de verhoging van de boetemaxima worden geconfronteerd indien zij de wet overtreden. Marktorganisaties die zich aan de geldende regels houden, worden door het wetsvoorstel niet geraakt. Daarom kan niet gesproken worden van «benadeling» van marktorganisaties, alleen van benadeling van overtreders. Hoewel het boetesysteem voor het financieel toezicht door DNB en de AFM anders is dan voor het markttoezicht van de ACM kunnen ook die toezichthouders wel degelijk zeer hoge boetes opleggen: tot maximaal € 4 miljoen en voor banken en beleggingsondernemingen € 5 miljoen of, als dat hoger is, 10% van de jaaromzet. In afwijking daarvan kunnen DNB en de AFM zelfs boetes opleggen ten bedrage van tweemaal het genoten voordeel, indien dat voordeel meer bedraagt dan € 2 miljoen (artikel 1:81, zesde lid, van de Wft).

Een ander punt van kritiek van VNO NCW/MKB NL en de NOVA op het wetsvoorstel is dat geen rekening wordt gehouden met bijkomende effecten van boetes, zoals reputatieschade en kosten van juridische bijstand. Het is inderdaad zo dat een boete dergelijke effecten met zich kan brengen en dat die effecten kunnen bijdragen aan de preventieve afschrikwekkende werking van opgelegde boetes. Die effecten zijn echter niet vooraf te kwantificeren en zullen van geval tot geval kunnen verschillen. De bijkomende nadelen zullen bovendien niet zozeer afhangen van de hoogte van het boetemaximum, alswel samenhangen met het feit dat een marktorganisatie wordt beboet en dat die boete openbaar wordt gemaakt. Niet aannemelijk is dan ook dat de verhoging van de wettelijke boetemaxima (grote) gevolgen heeft voor de mate waarin deze bijkomende effecten van een boete zich zullen manifesteren.

VNO NCW/MKB NL vindt het principieel onjuist dat beleid wordt gevoerd met als doel het behalen van hogere boete-inkomsten. Zij wijst daarbij op het regeerakkoord, waarin is opgenomen dat jaarlijks € 125 miljoen meer aan inkomsten wordt behaald uit ACM-boetes. Het doel van het wetsvoorstel is de preventieve afschrikwekkende werking van de wettelijke boetemaxima en daarmee de effectiviteit en efficiëntie van het markttoezicht van de ACM te vergroten opdat marktorganisaties de geldende wet- en regelgeving beter naleven. Evenredigheid van de boetehoogte staat voorop. De hoogte van de boete-inkomsten is geen doel van dit wetsvoorstel. In de begroting van het Ministerie van Economische Zaken wordt ieder jaar een inschatting gemaakt van de inkomsten uit boetes. Die boetes worden voor het overgrote deel door de ACM opgelegd. Dat is niet uniek voor het Ministerie van Economische Zaken. Ook andere departementen doen dit voor de boete-inkomsten van hun toezichthouders. In 2013 is reeds besloten dat de passage in het regeerakkoord over de ACM-boetes niet zal leiden tot een verhoging van

de lange termijninschatting van de boete-inkomsten. Die blijft ongeveer € 30 miljoen per jaar. Indien de boete-inkomsten in enig jaar lager uitvallen, dan wordt het verschil conform het regeerakkoord binnen de begroting van het Ministerie van Economische Zaken opgevangen, zonder dat dit gevolgen heeft of zelfs maar kan hebben voor het boetebeleid van de ACM.

VNO NCW/MKB NL wijst erop dat een goede toezichthouder acteert volgens het «high trust, high penalty» principe. Zij is van mening dat het wetsvoorstel het beginsel van vertrouwen niet waarborgt. Het wetsvoorstel is weliswaar rechtstreeks gericht op het «high penalty» aspect van het beginsel, maar dat betekent niet dat het «high trust» aspect wordt genegeerd. Geloofwaardige en afschrikwekkende sancties zijn onmisbaar om high trust, high penalty toezicht te laten werken. Zonder afschrikwekkende sancties kan er immers geen sprake zijn van vertrouwen dat de wet wordt nageleefd; hogere sancties zorgen ervoor dat de ACM daar gemakkelijker op kan vertrouwen. Door de preventieve afschrikwekkende werking van de sancties en daarmee de bereidheid om de regels na te leven te verhogen, verhoogt dit wetsvoorstel dus tevens de basis onder het vertrouwen van de ACM. De ACM waarborgt het «high trust» aspect met haar toezichtstrategie van «probleemoplossend toezicht». Voor sectoren waarin geen marktproblemen worden geconstateerd, zal de ACM haar middelen niet inzetten. Daar spreekt het vertrouwen van de ACM jegens de marktorganisaties in dergelijke sectoren uit.

De KVNR vraagt in haar reactie om de verzekering dat een bestuurlijke boete of een dwangsom nooit van invloed kan zijn op de tarieven die de gebruikers van de loodsdienstverlening betalen. De KVNR wijst daarbij terecht op de memorie van toelichting bij de Wet markttoezicht registerloodsen, waarin is opgenomen dat voor afwentelingseffecten van bestuurlijke boetes of dwangsommen in beginsel niet hoeft te worden gevreesd (Kamerstukken II 2006/07, 30 913, nr. 3, p. 36). Het bestuur van de ACM zal deze effecten met behulp van de bevoegdheid om correcties op de tarieven te kunnen aanbrengen, kunnen voorkomen. Aangezien het vaststellen van de tarieven een exclusieve bevoegdheid van de ACM is, is een garantie niet te geven. Dat neemt niet weg dat de ACM bij het vaststellen van de tarieven niet alleen acht zal slaan op de relevante wetsartikelen, maar ook rekening zal houden met de voornoemde memorie van toelichting. Op deze manier is de zorg van de KVNR reeds afdoende geadresseerd. Volledigheidshalve wordt ten slotte opgemerkt dat de KVNR altijd bezwaar of beroep aan kan tekenen tegen een tariefbesluit van de ACM.

VNO-NCW/MKB NL suggereert als «mogelijke weg voorwaarts» in haar reactie om in geval van kartelovertredingen de boetegrondslag te beperken tot de bij de overtreding betrokken omzet in plaats van de totale omzet van de marktorganisatie. Tevens wil zij de voorgestelde verdubbeling van het wettelijk boetemaximum in geval van recidive laten vervallen. Reden voor de gesuggereerde beperking van de boetegrondslag tot de bij de overtreding betrokken omzet is volgens VNO-NCW/MKB NL dat daardoor de sanctie direct gerelateerd wordt aan de negatieve effecten die door de overtreding zijn voorgevallen. Voor zover het gaat om de hoogte van de daadwerkelijk door de ACM op te leggen boetes, wordt deze suggestie van VNO-NCW/MKB NL volledig onderschreven. Dit is ook uitgangspunt van de Boetebeleidsregel, die bepaalt dat de basisboete in geval van onder meer kartelovertredingen wordt bepaald als percentage van de bij de overtreding betrokken omzet. De maatregelen in het wetsvoorstel laten dit onverlet. Deze maatregelen zien immers niet op de bepaling van de hoogte van de daadwerkelijk door de ACM op te leggen boetes, maar op de wettelijke boetemaxima.

Het ligt om meerdere redenen niet voor de hand om de wettelijke boetemaxima eveneens te relateren aan de bij de overtreding betrokken omzet. Ten eerste zou dit de preventieve afschrikwekkende werking van de wettelijke boetemaxima significant verminderen voor grote marktorganisaties die een veelheid aan producten en/of diensten afzetten. Voor dergelijke marktorganisaties maakt de bij de overtreding betrokken omzet maar een (klein) deel uit van de totale omzet van de marktorganisatie. Het relateren van het wettelijke boetemaximum aan louter de bij de overtreding betrokken omzet zou dientengevolge een verlaging van het wettelijk boetemaximum tot gevolg hebben. Dat staat haaks op de doelstelling van dit wetsvoorstel om de preventieve afschrikwekkende werking van het markttoezicht en de bereidheid tot het naleven van de regels te verhogen.
Het relateren van de wettelijke boetemaxima aan de bij de overtreding betrokken omzet past ook niet binnen de bestaande systematiek, waarbij het wettelijke boetemaximum geldt als plafond voor de hoogte van de daadwerkelijk door de ACM op te leggen boetes. Om de rechtszekerheid te waarborgen, dient de hoogte van dit plafond op objectieve en onbetwistbare wijze te kunnen worden vastgesteld. Daarom staat het relatieve plafond – net als het absolute plafond van € 900.000 – los van de bij de overtreding betrokken omzet. De bij de overtreding betrokken omzet is minder gemakkelijk te bepalen dan de totale omzet van de marktorganisatie die immers reeds blijkt uit de jaarstukken van de marktorganisatie. Met het oog op de preventieve afschrikwekkende werking van wettelijk boetemaxima, dient de hoogte hiervan ook vooraf kenbaar te zijn voor marktorganisaties. Ook andere Europese lidstaten en de Europese Commissie gaan bij de bepaling van het wettelijke boetemaximum uit van de totale omzet van de marktorganisatie, niet van de bij de bij de overtreding betrokken omzet.
Anders dan VNO-NCW/MKB NL in haar reactie stelt, is de verdubbeling van het wettelijk boetemaximum in geval van recidive niet overbodig. In paragraaf 2.3 en hoofdstuk 3 van deze memorie van toelichting is uitgelegd dat deze verdubbeling noodzakelijk is in verband met de high trust, high penalty benadering van toezicht, zoals die in 2009 en 2010 is opgenomen in de Boetebeleidsregel en haar voorgangers.

PostNL stelt dat het conceptartikel over recidive onduidelijk is en daarom de rechtszekerheid schaadt. PostNL is van mening dat het voorstel dat er van recidive sprake is bij overtreding van «eenzelfde of soortgelijk wettelijk voorschrift» teveel ruimte laat voor interpretatieverschillen. In de artikelsgewijze toelichting op de recidivebepalingen in het wetsvoorstel is ingegaan op de betekenis van deze zinsnede. Bij overtredingen van eenzelfde wettelijk voorschrift gaat het om een nieuwe overtreding van hetzelfde wettelijke voorschrift waarbij dat wettelijke voorschrift in de loop der tijd in redactionele of anderszins technische zin kan zijn aangepast. Bij overtredingen van een soortgelijk wettelijk voorschrift gaat het om eenzelfde type overtreding, om de overtreding van wettelijke voorschriften waaraan eenzelfde rechtsbelang ten grondslag ligt. Als bijvoorbeeld hetzelfde wettelijk voorschrift wordt overtreden maar het gaat om brieven in plaats van pakketten, is sprake van recidive («eenzelfde wettelijk voorschrift»). Dat is eveneens het geval als de UD-verlener dezelfde verplichting opnieuw zou overtreden. Het oordeel hierover is in concrete gevallen aan de ACM. In de rechtspraak over de voor de toenmalige OPTA geldende boetebeleidsregels heeft de Rechtbank Rotterdam meermalen geoordeeld dat het geoorloofd is dergelijke overtredingen («eenzelfde type overtreding») als recidive aan te merken (uitspraken van 15-9-2011, AWB 10/3059 TELEC-T1, 19-7-2013, AWB 11/2688 en 20-3-2014, ROT 12/3611). Naar aanleiding van en met het oog op de concrete handhavingspraktijk van de ACM kan de zinsnede bij beleidsregel desgewenst nader worden ingevuld.

Het Verbond van Verzekeraars en de Pensioenfederatie reageren op de voorgestelde verhoging van de wettelijke meldingsdrempels voor pensioenfondsen in verband met het concentratietoezicht van de ACM. Beide wijzen erop dat de mededinging in de pensioenmarkt onvolledig is. Dat rechtvaardigt naar hun mening een verhoging van de meldingsdrempels. Het Verbond van Verzekeraars wijst op de noodzaak dat het concentratietoezicht zich blijft uitstrekken tot de grote pensioenfondsen, om de concurrentie op de markt voor pensioenen te waarborgen. De Pensioenfederatie vindt daarentegen dat het concentratietoezicht op pensioenfondsen geheel zou moeten vervallen omdat dit tot hoge administratieve lasten zou leiden. De Pensioenfederatie noemt een aantal argumenten: er zou geen sprake zijn van een concurrerende pensioenmarkt, pensioenfondsen zouden pas in 2009 onder toezicht zijn gebracht terwijl arresten uit de jaren »90 van de vorige eeuw reeds uitwezen dat pensioenfondsen als ondernemingen moeten worden aangemerkt en fusies behoeven al de toestemming van DNB waardoor het ACM-toezicht overbodig is.

Vooropgesteld wordt dat het beeld van de Pensioenfederatie over de hoogte van de administratieve lasten niet wordt ondersteund door de feiten. In deze memorie van toelichting is uiteengezet dat de ACM in de afgelopen vijf jaar vier fusies tussen pensioenfondsen heeft beoordeeld en dat zij daarvoor in totaal € 60.000, gemiddeld € 12.000 per jaar (0,00004% van de ruim € 30 miljard aan pensioenpremies die de Nederlandse pensioenfondsen jaarlijks ontvangen), aan leges in rekening heeft gebracht. Er is derhalve geen sprake van substantiële administratieve lasten, ook niet als eventuele juridische kosten die samenhangen met de melding van de fusie aan de ACM in aanmerking worden genomen.

De Pensioenfederatie wijst terecht op het feit dat pensioenfondsen niet actief zijn op een volledig concurrerende markt. In hoofdstuk 4 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is uiteengezet dat dit feit de hogere meldingsdrempels voor pensioenfondsen rechtvaardigt die in het wetsvoorstel worden voorgesteld. De conclusie dat er van een pensioenmarkt in het geheel geen sprake is, kan echter niet worden onderschreven. Dit punt is naar aanleiding van de consultatiereactie van de Pensioenfederatie nader onderbouwd in hoofdstuk 4 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

Anders dan de Pensioenfederatie meent, zijn pensioenfondsen in 2009 niet expliciet onder de werkingssfeer van de Mededingingswet gebracht. De toepasselijkheid van het mededingingsrecht volgt wel uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het gaat om de in hoofdstuk 4 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting genoemde rechtspraak van het Hof waarin het Hof oordeelde dat pensioenfondsen economische activiteiten verrichten en dus als ondernemingen moeten worden aangemerkt. De Pensioenfederatie doelt vermoedelijk op de «Uitvoeringsregel NMa pensioenfondsen» van de toenmalige NMa van 27 mei 2009 (Stcrt. 2009, 95). Deze beleidsregel bracht pensioenfondsen niet onder de werkingssfeer van de Mededingingswet; de werkingssfeer van een wet kan niet bij beleidsregel van een toezichthouder worden aangepast. De beleidsregel had tot doel onduidelijkheden ten aanzien van het concentratietoezicht op pensioenfondsen weg te nemen, met name ten aanzien van de wijze waarop de omzet van pensioenfondsen wordt bepaald. De beleidsregel is komen te vervallen bij de inwerkingtreding van de Stroomlijningswet ACM, waarmee de wijze van omzetbepaling wettelijk is vastgelegd in de Mededingingswet.

Het toezicht van DNB op fusies tussen pensioenfondsen verschilt van het concentratietoezicht van de ACM en kan het concentratietoezicht daarom niet vervangen. Waar het concentratietoezicht van de ACM is gericht op de gevolgen voor de mededinging in de pensioenmarkt, is dat van DNB gericht op de financiële stabiliteit van de pensioenmarkt. De ACM en DNB

doen een wezenlijk andere beoordeling, die voortvloeit uit hun verschillende wettelijke taken op het gebied van mededingingstoezicht respectievelijk toezicht op de financiële stabiliteit. Dit is niet uniek, maar komt ook voor in andere sectoren waar verschillende publieke belangen dienen te worden beschermd (zoals de zorg, bancaire sector en woningmarkt). Van overlap of een dubbele toets is daarbij geen sprake.

Volgens de Pensioenfederatie wordt in de memorie van toelichting een verkeerde voorstelling van zaken gegeven over de vraag welke pensioenfondsen nog wel onder de meldingsplicht blijven vallen. Naar aanleiding van deze opmerking is de memorie van toelichting verhelderd.

De Pensioenfederatie wijst er tot slot op dat de gebruikte terminologie kan worden vereenvoudigd. In het voorgestelde artikel 29, vierde lid, van de Mededingingswet zou de opsomming van de verschillende soorten pensioenfondsen kunnen worden vervangen door een verwijzing naar het begrip «pensioenfonds» in artikel 1 van de Pensioenwet. Aan deze suggestie van de Pensioenfederatie is in het wetsvoorstel gevolg gegeven.

5.2 Uitvoeringstoets ACM

Het wetsvoorstel is conform artikel 6 van de Regeling gegevensuitwisseling ACM en ministers aan de ACM voorgelegd voor een uitvoeringstoets. De ACM concludeert dat het wetsvoorstel uitvoerbaar is. Zij heeft geen nadere inhoudelijke opmerkingen gemaakt. Gezien het karakter van het wetsvoorstel is niet getoetst op handhaafbaarheid.

De ACM merkt op dat de verhoging van de wettelijke boetemaxima extra capaciteit en specialistische kennis vereist. Dat wordt volgens haar veroorzaakt door een verzwaring van de motivering, een stijging van het aantal verzoeken om matiging van de hoogte van de boete (in verband met financiële draagkracht) en een stijging van het aantal verzoeken om een betalingsregeling. Volgens de ACM zou hiervoor ongeveer € 200.000 benodigd zijn.

De verwachting is dat als de door de ACM genoemde oorzaken tot een groter capaciteitsbeslag zullen leiden, dit slechts beperkt zal zijn. Ten eerste is het aantal zaken waarin de ACM boetes oplegt jaarlijks beperkt. Dat is inherent aan de door de ACM gekozen toezichtstrategie, het zogenoemde probleemoplossend toezicht. Die toezichtstrategie brengt mee dat zaken niet in alle gevallen worden afgedaan door het opleggen van een boete, maar dat andere instrumenten (zoals een toezeggingsbesluit of een bindende aanwijzing) worden ingezet indien die naar de mening van de ACM het geconstateerde probleem beter kunnen oplossen.

Ten tweede vereist het evenredigheidsbeginsel dat de door de ACM opgelegde boetes evenredig zijn. De boetehoogte dient de ACM in haar besluiten deugdelijk te motiveren. Daar verandert het wetsvoorstel niets aan. Het evenredigheidsbeginsel betekent dat hogere wettelijke boetemaxima – zoals de ACM zelf ook meermaals heeft benadrukt – niet automatisch in alle gevallen zullen leiden tot daadwerkelijk hogere opgelegde boetes en de door de ACM genoemde factoren die zouden leiden tot een hoger capaciteitsbeslag.

Indien het wetsvoorstel, ondanks deze mitigerende factoren, tot een groter capaciteitsbeslag bij de ACM zal leiden, dan is het de verwachting dat zij dit binnen haar formatie kan opvangen, zonder dat dit ten koste hoeft te gaan van de bestaande toezichtscapaciteit. Indien na inwerkingtreding van het wetsvoorstel komt vast te staan dat er knelpunten

ontstaan voor de ACM bij de uitvoering van haar wettelijke taken, zal in overleg met de ACM – en in samenhang met eventuele andere beleidswijzigingen die tot een verhoging of verlaging van het capaciteitsbeslag van de ACM leiden – naar een passende oplossing worden gezocht.

5.3 Ambtelijk standpunt Europese Commissie

Op verzoek van het Ministerie van Economische Zaken heeft de Europese Commissie op 30 oktober 2014 een ambtelijke reactie gegeven op het wetsvoorstel. De reactie van de Europese Commissie ziet alleen op de voorgestelde verhoging van het boetemaximum voor kartelovertredingen. In haar reactie zet de Europese Commissie vraagtekens bij de opportuniteit van het voorstel. Met de in dit wetsvoorstel voorgestelde verhoging van het wettelijk boetemaximum voor kartelovertredingen wijkt Nederland af van het wettelijk maximum dat op dit moment van kracht is in de meerderheid van de lidstaten en op Europees niveau. Over dit punt zijn ook in de internetconsultatie vragen gesteld. Ook vraagt de Europese Commissie aandacht voor de evenredigheid van de boetes en merkt zij op dat een boete ook voor monoproductondernemingen in verhouding moet blijven staan tot de omvang van de onderneming.

In de verschillende lidstaten gelden verschillende wettelijke boetemaxima voor kartelovertredingen. Dat de meerderheid van de lidstaten een bepaald wettelijk boetemaximum hanteert, schept voor Nederland niet de verplichting om hetzelfde wettelijk boetemaximum te hanteren. Voorgeschreven is alleen dat de sancties voor overtredingen van de mededingingsregels doeltreffend, evenredig en voldoende afschrikwekkend moeten zijn.[3] De in dit wetsvoorstel voorgestelde verhoging van het wettelijk boetemaximum voor kartelboetes is bedoeld om te waarborgen dat de boetes voor kartelovertredingen voldoende afschrikwekkend zijn. Hier is in paragraaf 2.3 uitgebreid op ingegaan. Hiermee voldoet Nederland aan de voorwaarden die Europeesrechtelijk worden gesteld aan het sanctie-instrumentarium voor de handhaving van de mededingingsregels. Het is voorstelbaar dat dit wetsvoorstel er mede toe leidt dat andere lidstaten (nogmaals) nagaan of de ernst en effectiviteit van de sancties die door hun mededingingsautoriteiten voor kartels kunnen worden opgelegd nog voldoende afschrikwekkend zijn. Of dat leidt tot aanpassing van regelgeving is niet op voorhand duidelijk. Iedere lidstaat maakt daarin uiteindelijk zijn eigen politieke, beleidsmatige of andersoortige afweging.

Over de gevolgen van de voorgestelde verhoging van het boetemaximum voor kartelovertredingen op het vermogen van mededingingsautoriteiten in andere EU-lidstaten om doeltreffende en afschrikwekkende boetes op te leggen in het geval van parallelle behandeling van een grensoverschrijdend kartel kan worden opgemerkt dat er geen reden is om te veronderstellen dat de voorgestelde verhoging in dat opzicht negatieve gevolgen heeft. De sanctionering van kartelovertredingen is ook nu niet geharmoniseerd, waardoor er verschillen bestaan in sancties tussen de lidstaten (zo wordt in Nederland bestuursrechtelijk gehandhaafd terwijl andere EU-lidstaten strafrechtelijk handhaven). Er zijn geen indicaties dat die verschillen tussen EU-lidstaten als zodanig leiden tot een minder effectieve handhaving door mededingingsautoriteiten in bepaalde EU-lidstaten.

[3] Volgens vaste jurisprudentie volgt die voorwaarde uit het beginsel van loyale samenwerking tussen de lidstaten en de instellingen van de Europese Unie zoals thans is neergelegd in artikel 4, derde lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Verwezen wordt door de Europese Commissie naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 21 september 1989, Commissie/Griekenland, 68/88, Jurispr. p. 2965, punt 23–25.

Op dit moment is verder niet duidelijk of het in 2014 door de Europese Commissie geuite streven naar convergentie in Europees verband op enig moment zal resulteren in concrete regelgeving ten aanzien van de beboeting van kartelovertredingen.[4] Convergentie kan immers ook op andere manieren worden bereikt, zoals door versterking van het netwerk van Europese mededingingsautoriteiten (ECN) of het gebruik van aanbevelingen van de Europese Commissie aan EU-lidstaten (zie ook het fiche waarin de Nederlandse positie met betrekking tot de Commissiemededeling is weergegeven, Kamerstukken II 2014/15, 22 112, nr. 1907). Gelet op de vereiste afschrikwekkendheid van het boetemaximum voor kartelovertredingen is het dan ook niet wenselijk de ontwikkelingen naar aanleiding van het door de Europese Commissie geuite streven naar convergentie, af te wachten.

Op het aspect van de evenredigheid is hiervoor onder meer in paragraaf 2.1 en het begin van hoofdstuk 3 uitgebreid ingegaan. Het is van belang onderscheid te maken tussen het boetemaximum en de uiteindelijke boete. Dat geldt in het algemeen, maar in het bijzonder voor monoproductondernemingen. Voor alle marktorganisaties geldt dat het relatieve boetemaximum wordt bepaald op basis van de totale omzet. Voor de bepaling van de concrete boete kijkt de ACM echter allereerst naar de betrokken omzet (zie paragraaf 2.1). Omdat bij monoproductondernemingen vaak een relatief groot gedeelte van de totale omzet van de onderneming betrokken is bij het kartel, zal de boete voor een monoproductonderneming relatief hoog kunnen uitvallen, te meer omdat de ACM door de voorgestelde verhoging van het boetemaximum bij kartels de boete minder vaak zal hoeven te verminderen tot het maximum. Op die manier heeft de verhoging van het boetemaximum voor kartels voor monoproductondernemingen dus potentieel nadeliger gevolgen dan voor andere ondernemingen. De Europese Commissie doelt daar in haar reactie op. Of de boete die de ACM voor een kartel oplegt aan een monoproductonderneming ook daadwerkelijk hoger uitvalt is echter de vraag. De ACM maakt bij de concrete boeteoplegging, op grond van de Boetebeleidsregel, uiteindelijk een afweging van alle relevante factoren (zie paragraaf 2.1). In dat kader betrekt de ACM boeteverlagende en -verhogende omstandigheden in haar afwegingen. Voorop staat dat de boete dient te voldoen aan het evenredigheidsbeginsel (zie hierover naast paragraaf 2.1 en het begin van hoofdstuk 3 ook de toelichting op artikel V, onderdeel C). In dat kader wordt ook rekening gehouden met de financiële draagkracht van de onderneming hetgeen in de praktijk betekent dat het voortbestaan van de marktorganisatie niet in gevaar mag komen door de boete (zie ook hoofdstuk 6). Op die manier is dus ook ná de voorgestelde verhoging van het boetemaximum voor kartels voor monoproductondernemingen gewaarborgd dat de boete die voor een kartel wordt opgelegd altijd in verhouding staat tot de omvang van de onderneming.

6. Bedrijfseffecten en regeldruk

In algemene zin leidt het wetsvoorstel tot een afschrikwekkender en effectiever markttoezicht door de ACM. Het bedrijfsleven als geheel profiteert ervan als markten goed functioneren en markten effectief verschoond blijven van overtredingen. Doordat het wetsvoorstel potentiële overtreders afschrikt en daarmee bijdraagt aan het goede functioneren van markten, valt een positief effect voor het ondernemingsklimaat in Nederland te verwachten en daarmee voor het vestigingsklimaat.

---

[4] Mededeling van de Commissie aan het Europees parlement en de Raad over tien jaar handhaving van de mededingingsregels op grond van Verordening nr. 1/2003: Resultaten en toekomstperspectieven van 9 juli 2014 (COM(2014) 453 final, SWD(2014) 230, SWD(2014) 231.

Op het niveau van individuele marktorganisaties heeft het wetsvoorstel louter gevolgen voor marktorganisaties die de regels niet naleven. Voor de kans op faillissement van overtreders die door de ACM zijn beboet heeft het wetsvoorstel geen gevolgen. Het tornt immers niet aan het uitgangspunt dat de ACM bij de bepaling van de boetehoogte in het kader van het evenredigheidsbeginsel rekening houdt met de financiële draagkracht van de overtreder. In de praktijk betekent dit dat de ACM de hoogte van de boete niet dusdanig vaststelt dat de overtreder ten gevolge daarvan failliet gaat.

Het wetsvoorstel past de onderliggende materiële normen voor marktorganisaties waarop de ACM toezicht houdt slechts op een enkel punt aan. Er is dan ook geen sprake van substantiële gevolgen voor de regeldruk voor het bedrijfsleven.

Lasten die voortvloeien uit een sanctie die de ACM aan een bedrijf heeft opgelegd, worden in het kader van regeldruk niet als lasten voor het bedrijfsleven gezien. Het verhogen van de wettelijke boetemaxima levert dan ook geen verhoging van de regeldruk op. Slechts indien de overtreding waarvoor een boete is opgelegd onterecht blijkt te zijn vastgesteld, kunnen de lasten als regeldruk worden gezien. Op grond van gegevens uit de jaarverslagen van de ACM en haar voorgangers NMa, OPTA en Consumentenautoriteit blijkt dat het onterecht vaststellen van een overtreding echter zeer weinig voorkomt. Het is ook niet de verwachting dat het wetsvoorstel hier verandering in zal brengen.

Voor zover de taakuitvoering van de ACM noopt tot het aanleveren van gegevens door marktorganisaties, is wel sprake van administratieve lasten. Het wetsvoorstel bevat in dat opzicht echter geen wijzigingen, met uitzondering van het concentratietoezicht op pensioenfondsen. Voorgesteld wordt om de meldingsdrempels voor pensioenfondsen in het kader van dit concentratietoezicht te verhogen om de verwachte verdere consolidatie in de pensioenmarkt niet onnodig te belemmeren. De consolidatie in de pensioenmarkt heeft tot dusverre vooral plaatsgevonden onder kleine pensioenfondsen. Er zijn de afgelopen vijf jaar slechts vier concentratiemeldingen gedaan bij de ACM. Bij een verdere consolidatie zullen in de toekomst misschien grotere pensioenfondsen zijn betrokken. Bij gelijkblijvende meldingsdrempels zou het aantal meldingen van voorgenomen fusies waarbij pensioenfondsen zijn betrokken in dat geval toenemen. De verhoging van de meldingsdrempels zal een stijging van het aantal meldingen naar verwachting voorkomen en in het – vanuit het oogpunt van regeldruk – gunstigste geval het aantal verplichte meldingen zelfs laten dalen. In het voorzichtige scenario blijft de regeldruk voor pensioenfondsen naar verwachting gelijk.

II. ARTIKELEN

Artikelen I en II (toevoeging absoluut boetemaximum voor relatief ernstige overtredingen in Elektriciteitswet 1998 en Gaswet)

Derde lid (van zowel artikel I als artikel II)

In de huidige artikelen 77i van de Elektriciteitswet 1998 en 60ad van de Gaswet is voor de beboeting van relatief lichte overtredingen zowel een absoluut (€ 450.000) als relatief (1% van de omzet) boetemaximum opgenomen. Voor de beboeting van de relatief ernstige overtredingen geldt echter alleen een relatief boetemaximum (10% van de omzet). Om ook voor kleinere marktorganisaties de boetes voldoende afschrikwekkend te maken, wordt in beide wetten het absolute boetemaximum

van € 900.000 toegevoegd aan de bepaling die aangeeft wat het boetemaximum is bij de beboeting van de ernstiger overtredingen. Dit heeft tot gevolg dat voor dergelijke overtredingen een boete kan worden opgelegd van ten hoogste € 900.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de overtreder.

Artikelen I tot en met XIII (recidive-bepalingen)

Voorgesteld wordt het boetemaximum voor alle boetes te verdubbelen indien er sprake is van recidive. Deze verhoging met 100% in het geval van recidive betreft steeds zowel het absolute boetemaximum (€ 900.000 wordt € 1.800.000) als het relatieve boetemaximum (1% van de omzet wordt 2% en 10% van de omzet wordt 20% van de omzet). Deze recidivebepaling wordt telkens als afzonderlijk lid toegevoegd aan de boetemaximum-artikelen, zodat per wet alle bepalingen inzake de boetemaxima overzichtelijk bij elkaar staan.
Voor de uitwerking van de recidive-bepaling zijn andere recidiveregelingen bezien, te weten die in het Wetboek van Strafrecht (artikelen 38m, 43a en 22b), in de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (Stb. 2012, 462) en in artikel 1:81 van de Wft. Net als in die regelingen is ook in dit wetsvoorstel gekozen voor een tijdvak van vijf jaar waarbinnen de recidive zich moet voordoen. Het tijdvak waarover vijf jaar teruggekeken wordt, vangt aan op de dag waarop, blijkens de dagtekening van het rapport (zie 5:48, tweede lid, aanhef, van de Awb), van de (nieuwe) overtreding een rapport is opgemaakt. Dat is een duidelijk moment dat bovendien kenbaar is voor de overtreder omdat de overtreder het gedagtekende rapport ontvangt op het tijdstip dat hij in de gelegenheid wordt gesteld over het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete zijn zienswijze uit te brengen (artikel 5:53, derde lid, jo. artikel 5:50 van de Awb).
Vanaf de dagtekening van het rapport wordt vijf jaar teruggeteld en gekeken of er binnen dat tijdvak een boete onherroepelijk is geworden (dat wil zeggen formele rechtskracht heeft gekregen) die voor eenzelfde of een soortgelijke overtreding aan diezelfde overtreder is opgelegd. Denkbaar zou ook een systeem zijn waarbij gekeken wordt naar de in het tijdvak van vijf jaar *opgelegde* boetes. De rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) en de Rechtbank Rotterdam over boetebesluiten van de voormalige OPTA bevestigt de toelaatbaarheid van een dergelijk systeem (zie CBb 09-01-2013, AWB 12/891, AB 2013/114 en Rechtbank Rotterdam 19-07-2012, AWB 11/2688 en 20-03-2014, ROT12/3611). Voor *onherroepelijk* geworden boetes is echter gekozen om te voorkomen dat een boetemaximum wordt verdubbeld terwijl de voor de eerdere overtreding opgelegde boete naderhand in rechte geen stand blijkt te houden. Aldus wordt voorkomen dat de verdubbeling van het boetemaximum wegens recidive achteraf onterecht blijkt te zijn geweest. Gevolg van de keuze voor onherroepelijk geworden boetes is wel dat relatief oude overtredingen in aanmerking worden genomen. Bij de keuze voor «opgelegde boetes» zou recenter gedrag van de betreffende marktorganisatie bepalend zijn voor de conclusie of er sprake is van recidive.
De eerdere overtreding kan uiteraard ook beboet zijn door een rechtsvoorganger van de ACM, zolang het maar om hetzelfde wettelijk voorschrift of een soortgelijk wettelijk voorschrift gaat. «Eenzelfde wettelijk voorschrift» wil zeggen dat het gaat om hetzelfde voorschrift, maar dat er in de loop van de tijd in redactionele of anderszins technische zin iets aan het voorschrift gewijzigd kan zijn. Een soortgelijk voorschrift houdt in dat het bij de eerdere overtreding weliswaar niet ging om hetzelfde voorschrift maar wel om een voorschrift waaraan hetzelfde rechtsbelang ten grondslag ligt. Een voorbeeld is de situatie dat het in beide gevallen gaat om de overtreding van een aan een marktorganisatie in verband met

aanmerkelijke marktmacht opgelegde verplichting. Er is sprake van eenzelfde type overtreding. Dat voor recidive niet vereist is dat er sprake is van identieke overtredingen maar dat recidive ook aan de orde kan zijn bij de overtreding van een soortgelijke bepaling, komt ook naar voren in de hiervoor genoemde uitspraken van de Rechtbank Rotterdam.

Artikel III (wijziging Instellingswet Autoriteit Consument en Markt)

Onderdeel A (wijziging artikel 2, vijfde lid)

Deze wijziging is het resultaat van de toezegging in de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel Stroomlijningswet ACM (Kamerstukken I 2013/14, 33 622, C, p. 3) om te bezien of het begrip «concurrentie» kan worden vervangen door «mededinging» en «gelijk speelveld» door «gelijke concurrentieverhoudingen». Omdat er geen substantieel verschil bestaat tussen de huidige begrippen en de alternatieve formuleringen is er niets op tegen de huidige termen door de alternatieve formuleringen te vervangen. Daarnaast is de formulering van artikel 2, vijfde lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt zo aangepast dat nog duidelijker is dat dat lid louter de doelstelling van de werkzaamheden van de ACM bevat en geen nieuwe taak voor de ACM met zich brengt.

Onderdeel C (wijziging artikel 12m, eerste lid, onderdeel d)

In artikel 12m, eerste lid, onderdeel d, van de Instellingswet ACM is geregeld dat het verbreken, opheffen of beschadigen van een verzegeling of het op andere wijze verijdelen van de door die verzegeling beoogde afsluiting, beboetbaar is. Het onderdeel wordt aangepast om te garanderen dat (ook) de marktorganisatie die ondanks de verzegeling gebruik maakt van de verzegelde bedrijfsruimten en voorwerpen of die onvoldoende maatregelen heeft getroffen om het verijdelen van de door die verzegeling beoogde afsluiting te voorkomen, beboet kan worden. Dit is nodig nu uit een uitspraak van het CBb (CBb 3-6-2014, Awb 12/778 en 12/782) is gebleken dat op grond van de huidige formulering, die overeenstemt met de formulering van het vroegere artikel 70b, eerste lid, van de Mededingingswet waarop de uitspraak van het College betrekking had, alleen degene kan worden beboet die de verzegeling feitelijk heeft verbroken, opgeheven etc.

Artikel V (wijziging Mededingingswet)

Onderdeel A (artikel 25ma)

De Stroomlijningswet ACM heeft veel bepalingen van de Mededingingswet laten vervallen. Daarom was het nodig dat die wet ook regelde welke bepalingen van de Instellingswet ACM in plaats daarvan op de handhaving van de bepalingen van hoofdstuk 4B van de Mededingingswet van toepassing zijn. Dit heeft geleid tot artikel 25ma van de Mededingingswet. Abusievelijk zijn in dat artikel echter ook enkele onjuiste verwijzingen naar de Instellingswet ACM opgenomen. Dit onderdeel strekt ertoe dat te herstellen.

Onderdeel C (artikel 57, tweede en derde lid)

Door deze bepaling wordt geregeld dat bij kartels het boetemaximum is gerelateerd aan de duur van de overtreding. In hoofdstuk 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is op de achtergronden daarvan ingegaan. Bepaald wordt dat het bedrag voortvloeiend uit het boetemaximumpercentage van 10% vermenigvuldigd wordt met het

aantal jaren dat de overtreding heeft geduurd. Dat aantal jaren hoeft geen afgeronde hele (kalender)jaren te betreffen, gedeeltes van een jaar worden ook meegeteld. Een gedeelte van een jaar wordt daarbij afgerond op het aantal hele kalendermaanden en uitgedrukt in twaalfden. Als de ACM bijvoorbeeld een boete oplegt voor een kartel dat heeft geduurd van 16 maart 2016 tot 11 juli 2018 telt als duur 2 jaar (16 maart 2016 t/m 15 maart 2018) en 3 gehele kalendermaanden (april, mei en juni = $^{3}/_{12}$). Het bedrag overeenkomend met de 10% wordt in dat geval derhalve vermenigvuldigd met een factor $2^{3}/_{12}$. Gegeven het feit dat kartels gemiddeld bijna vier jaar duren is, mede in verband met de evenredigheid van de maatregel, de vermenigvuldigingsfactor begrensd tot een duur van maximaal vier jaar. Om te voorkomen dat de relatering aan de duur van een kartel tot gevolg zou hebben dat het boetemaximum onder de 10% uitkomt bij een kartel dat korter duurt dan een jaar, voorziet het voorgestelde artikel 57, tweede lid, van de Mededingingswet anderzijds in een minimale vermenigvuldigingsfactor van één (jaar).
Ingeval van recidive (vierde lid) wordt het overeenkomstig het eerste jo. het tweede en derde lid berekende maximum verhoogd met 100%. De maatregelen cumuleren derhalve. Uitgaande van het zojuist genoemde voorbeeld en gesteld dat het in dat voorbeeld gaat om een omzet van € 20 miljoen, komt dit voor het voorbeeld neer op een boetemaximum van (0,1 x 20 miljoen x $2^{3}/_{12}$ x 2 =) € 9 miljoen, waarbij «0,1» staat voor de 10% en «2» voor de verhoging met 100% vanwege recidive.
In beginsel kan de boete die ten hoogste voor een kartel wordt opgelegd dus acht maal hoger zijn dan thans (vier jaar maal recidivefactor twee). Dat is fors. Bedacht dient echter te worden dat dit alleen aan de orde is als een overtreder binnen vijf jaar na het onherroepelijk worden van de boete voor deelname aan een (eerder) kartel al weer ten minste vier jaar heeft deelgenomen aan een nieuw kartel. Dat zal zich naar verwachting niet vaak voordoen; de verhoging van het boetemaximum bij kartels strekt er ook toe dergelijke (herhaalde) overtredingen van het kartelverbod te voorkomen. Maar als het zich voordoet is een fors maximum gerechtvaardigd en passend gelet op de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding. Langer dan vier jaar deelnemen aan een kartel is immers een ernstige overtreding en al helemaal als dat kartel zo spoedig volgt op het onherroepelijk worden van de boete voor deelname aan een ander kartel. Gelet hierop zijn de cumulatie van maatregelen en de nadelen die die cumulatie potentieel heeft voor een overtreder, niet onevenredig in verhouding tot het doel van dit wetsvoorstel, te weten het scheppen van de mogelijkheid van een, gelet op de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding, toereikende en afschrikwekkende sanctie.
Zoals hiervoor al is aangegeven is het uiteindelijk aan de ACM om, binnen het (fors verhoogde) boetemaximum, aan de hand van de Boetebeleidsregel te bepalen welke boetehoogte in een concreet geval, dus ook in een voornoemd zeldzaam ernstig concreet geval, evenredig is gelet op de gevolgen voor de overtreder en het doel van de boeteoplegging (3:4, tweede lid, Awb) en gelet op de ernst van de overtreding en de mate waarin de overtreding aan de overtreder kan worden verweten (5:46, tweede lid, Awb).

Artikelen VI (wijziging Postwet 2009) en VII (wijziging Telecommunicatiewet)

In de artikelen 49 van de Postwet 2009 en 15.4 van de Telecommunicatiewet worden niet alleen de boetemaxima geldend voor door de ACM op te leggen boetes verhoogd, maar ook die geldend voor de Minister. Ook het voor het College bescherming persoonsgegevens geldende boetemaximum (Telecommunicatiewet) wordt verhoogd. Bij wetgeving die door meerdere overheidsorganen wordt gehandhaafd is het wenselijk dat, bij wijziging van de boetemaxima geldend voor het ene orgaan, ook de

boetemaxima worden gewijzigd die gelden voor het andere orgaan. Anders zou immers de hoogte van een boete die kan worden opgelegd mede afhankelijk zijn van wie de betrokken handhaver is. Overigens is er alleen bij de Telecommunicatiewet en de Postwet 2009 sprake van meerdere handhavers die voor overtredingen van de specifiek door elk van hen te handhaven wettelijke voorschriften bestuurlijke boetes kunnen opleggen. Bij andere wetten op grond waarvan de ACM een handhavende taak heeft, doet zich een dergelijke samenloop niet voor.

Artikel VII (wijziging Spoorwegwet)

Het voor de ACM inzake de handhaving van bepalingen van de Spoorwegwet geldende boetemaximum is door de Stroomlijningswet abusievelijk geschrapt. Dit artikel herstelt dat.

Artikel X (wijziging Wet handhaving consumentenbescherming)

Dit wetsvoorstel introduceert een relatief boetemaximum in de Wet handhaving consumentenbescherming. Gekozen is steeds voor het maximum van 1%. Alleen voor oneerlijke handelspraktijken als bedoeld in de artikelen 6:193h en 6:193i BW wordt een boetemaximum van 10% voorgesteld. Die gedragingen zijn onder alle omstandigheden als misleidende of agressieve handelspraktijk te kwalificeren. Deze oneerlijke handelspraktijken zijn naar hun aard zeer ernstig en kunnen het consumentenvertrouwen grote schade berokkenen.

Artikel XIV (overgangsrecht)

In verband met de voorgestelde maatregelen voorziet dit wetsvoorstel in een overgangsbepaling die regelt dat voor overtredingen die zijn begonnen vóór inwerkingtreding van dit wetsvoorstel (of de betreffende onderdelen ervan) en beëindigd na de inwerkingtreding daarvan, het recht van toepassing zal zijn zoals dat luidde voor inwerkingtreding van dit wetsvoorstel. Deze keuze vloeit voort uit het feit dat de hogere boetemaxima, gelet op de artikelen 7, eerste lid, van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, 15, eerste lid, van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en 49, eerste lid, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, niet mogen gelden voor het deel van de overtreding dat heeft plaatsgevonden vóór inwerkingtreding van dit wetsvoorstel. De overgangsbepaling waarborgt derhalve dat de maatregelen alleen gelden voor «nieuwe» overtredingen, dat wil zeggen voor overtredingen die zijn begaan ná inwerkingtreding van de betreffende artikelen. Op overtredingen begaan en beëindigd vóór inwerkingtreding van de voorgestelde bepalingen worden de voor overtreders gunstigste bepalingen toegepast. Dit vloeit voort uit artikel 5:46, vierde lid, van de Awb dat artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing verklaart. Daarom is daarvoor geen overgangsvoorziening nodig. Gelet op de voorgestelde boetemaxima-verhogingen zal het gunstigste regime het recht zijn zoals dat luidt vlak voor inwerkingtreding van dit wetsvoorstel of de betreffende onderdelen ervan.

De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp